Advies

van de

Adviescommissie Strafrecht

inzake

het ontwerp voor een tweede nota van wijziging bij het wetsvoorstel tot vaststelling van een Wet forensische zorg een daarmee verband houdende wijzigingen in diverse andere wetten (Wet forensische zorg)

Inleiding

Deze tweede nota van wijziging omvat naast enige technische aanpassingen een (aangepaste) regeling die het mogelijk maakt bestaande medische gegevens te vorderen en te gebruiken ten behoeve van het onderzoek naar de aanwezigheid van een psychische stoornis bij verdachten van zeer ernstige misdrijven die weigeren aan dat onderzoek mee te werken ("weigerachtige observandi").

In haar advies van 9 augustus 2012 heeft de Afdeling advisering van de Raad van State (RvS) geadviseerd dit onderdeel in een afzonderlijk wetsvoorstel op te nemen. Het ingrijpende karakter van het voorstel dat nu voorligt – dat o.a. een doorbreking inhoudt van het medische beroepsgeheim –, vraagt om een zorgvuldige behandeling. Daarbij past dat de bij de strafrechtspleging betrokken organisaties, alsmede de KNMG en andere belanghebbende organisaties, de tijd moeten hebben om de argumenten te wegen alvorens te adviseren. De tijd die de ACS thans gegund wordt, is daarvoor te kort. De ACS onderschrijft dan ook het advies van de RvS om het voorstel waarin het mogelijk wordt gemaakt om medische gegevens te verkrijgen zonder toestemming van de verdachte, af te splitsen van het wetsvoorstel Wet forensische zorg. Te veel daadkracht gaat ten koste van de kwaliteit van het wetgevingsproces, en daarmee (mogelijk) ook van de kwaliteit van de wetgeving.

Het voorstel

In het voorstel dat nu op tafel ligt, wordt voorgesteld om artikel 37a Sr ingrijpend te wijzigen. Wanneer de verdachte weigert medewerking te verlenen aan enig onderzoek, kan de officier van justitie (in het voorstel) – wanneer de betrokkene wordt verdacht van een misdrijf dat is gericht tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam als bedoeld in artikel 38 Sr – een multidisciplinaire commissie inschakelen, die een advies uitbrengt over de aanwezigheid en de bruikbaarheid van persoonsgegevens betreffende een mogelijke gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens van de betrokkene. De leden van de multidisciplinaire commissie zijn (in het voorstel) bevoegd persoonsgegevens, waaronder persoonsgegevens betreffende de gezondheid, op te vragen van artsen en gedragsdeskundigen en daarvan kennis te nemen. Deze artsen en gedragsdeskundigen worden verplicht de persoonsgegevens van de betrokkene te verstrekken. Op vordering van de officier van justitie kan de rechter-commissaris vervolgens een machtiging verlenen voor het gebruik van de persoonsgegevens. De verdachte krijgt de mogelijkheid om hoger beroep en cassatie in te stellen.

Commentaar

De voorgestelde procedure doorbreekt het medisch beroepsgeheim. Behandelaars worden verplicht hun vertrouwelijke patiëntinformatie beschikbaar te stellen ten behoeve van het strafrechtelijk onderzoek dat tegen hun patiënt (als verdachte) is ingesteld.

De geheimhoudingsplicht van de arts en het daaraan gekoppelde verschoningsrecht hebben een belangrijke functie. Zij moeten garanderen dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot die arts moet kunnen wenden. Door de geheimhouding te doorbreken op een wijze die wordt voorgesteld in de tweede nota van wijziging bij het wetsvoorstel, ontstaat een reële kans dat mensen die medische / psychiatrische / psychologische hulp nodig hebben, die hulp gaan mijden. Naar het oordeel van de ACS is dat onwenselijk en zal daarom te allen tijde getracht moeten worden dit te voorkomen.

Het inschakelen van een multidisciplinaire commissie en het creëren van de mogelijkheid van hoger beroep en beroep in cassatie, nemen dit fundamentele bezwaar niet weg.

De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht zijn niet absoluut. Onder omstandigheden is het toegestaan dat een verschoningsgerechtigde zijn geheimhoudingsplicht doorbreekt. Het is dan nog altijd de verschoningsgerechtigde zelf die de belangenafweging maakt. Het belang van de strafrechtspleging (en de mogelijkheid om in dat kader uiteindelijk de maatregel van TBS te kunnen opleggen) zal in die afweging van belangen niet snel de doorslag geven. De verschoningsgerechtigde (arts, psychiater, etc.) zal de belangen van zijn patiënt voorop willen stellen en slechts in overmachtsituaties andere belangen zwaarder willen laten wegen.
Het wetvoorstel biedt de verschoningsgerechtigde behandelaar geen enkele ruimte om belangen af te wegen. Hij wordt verplicht vertrouwelijke informatie over zijn patiënt te verstrekken ten behoeve van het onderzoek in een strafzaak. De voorgestelde waarborgen (multidisciplinaire commissie, machtiging door de rechter-commissaris, hoger beroep en cassatie) halen de belangenafweging volledig bij de verschoningsgerechtigde weg en zijn dus eigenlijk geen echte waarborgen. Het verschoningsrecht en de daarbij horende belangenafweging door de verschoningsgerechtigde, worden immers niet gewaarborgd. Integendeel. De regeling moet garanderen dat de justitiële autoriteiten de beschikking (kunnen) krijgen over vertrouwelijke gegevens die onder het medisch beroepsgeheim vallen. De voorgestelde z.g. waarborgen zijn louter daarop gericht en niet op het beschermen van de belangen van de patiënt of – meer in het algemeen – op het garanderen van de vrije toegang tot de gezondheidszorg. De ACS heeft ook om deze reden grote aarzelingen bij de voorgestelde aanpassingen.

Wettelijke voorschriften kunnen het medisch beroepsgeheim doorbreken. Zo kennen we bijvoorbeeld meldingsplichten bij aanwijzingen voor kindermishandeling en bij constatering van besmettelijke ziekten. Beide wettelijke uitzondering zijn erop gericht het belang van de patiënt of een (ander) zwaarwegend maatschappelijk belang te beschermen. In zekere zin gaat het om overgangssituaties (noodtoestand, conflict van plichten) die in de wet zijn vastgelegd. Het is in die situaties nog steeds de verschoningsgerechtigde zelf die de afweging maakt om de (verplichte) melding te doen.

Bij het maken van een wettelijke uitzondering op het verschoningsrecht, past grote terughoudendheid. Dat geldt ook (liever: in het bijzonder) in gevallen waarin de informatie van belang wordt geacht in het kader van het strafproces. In de gevallen waar het hier om gaat, is de verdachte al bekend. De informatie is niet nodig om een verdachte van een ernstig strafbaar feit op te sporen. De informatie dient er slechts toe een zo compleet mogelijk beeld van de verdachte te krijgen met het oog op de eventuele straftoemeting (inclusief de vraag of het opleggen van de maatregel TBS aangewezen is). Dit belang is niet zo zwaarwegend, dat daarvoor het beroepsgeheim en het professionele verschoningsrecht door de wetgever aan de kant behoren te worden gezet.
Het belang van 'toekomstige' slachtoffers is een gelegenheidsargument dat volledig steunt op een onzekere toekomstige gebeurtenis. Natuurlijk is voorkomen beter dan genezen, maar daarvoor is het niet noodzakelijk de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht op te offeren. Het strafrecht is niet in de eerste plaats bedoeld om preventief op te treden, maar om reactief te handelen. De strafwetgeving maakt dat mogelijk, geeft de kaders aan, en dient er in de eerste plaats toe de burger die als verdachte in het strafproces terecht is gekomen, te beschermen tegen de opsporende en vervolgende overheid. Daarbij past het niet diezelfde overheid – ten koste van de verdachte burger – te veel vrijheid en bevoegdheden te geven.

Advies

Met instemming citeert de ACS uit het advies van de RvS:

'Zij wijst er evenwel op dat de voorgestelde wettelijke regeling een inmenging impliceert in het privéleven van betrokkene in de zin van artikel 10 van de Grondwet en artikel 8 van het EVRM. Daarnaast gaat het om verwerking van bijzondere persoonsgegevens in de zin van in het bijzonder de artikelen 16, 21 en 23 van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Artsen dienen immers medische gegevens van betrokkene aan de leden van de multidisciplinaire commissie te verstrekken zonder diens toestemming en de multidisciplinaire commissie beoordeelt de verstrekte gegevens op bruikbaarheid voor de vaststelling van de stoornis. De Afdeling mist in de toelichting een uiteenzetting over de verenigbaarheid van de voorgestelde regeling met de eisen van artikel 10 van de Grondwet, artikel 8 van het EVRM, in het bijzonder waar het de proportionaliteit en subsidiariteit betreft, en de Wbp.'

In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt thans uitgebreid ingegaan op de door de RvS genoemde punten. Uit het feit dat de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie en de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport veel woorden nodig hebben, kan reeds worden afgeleid dat de argumenten nauwelijks overtuigen.

In de toelichting wordt vooropgesteld dat het belang dat met de onderhavige regeling wordt gediend, het belang is 'van de veiligheid en de fysieke en geestelijke gezondheid van mogelijke toekomstige slachtoffers, alsmede de algemene veiligheid van personen en goederen.' Hierboven werd reeds opgemerkt dat dit argument een gelegenheidsargument is dat niet overtuigt. De verwijzing in de toelichting naar de uitspraak van het EHRM in de zaak Z. tegen Finland, ondermijnt de overtuigingskracht van het betoog nog verder. Uit dit arrest komt immers naar voren dat aan de bescherming van de vertrouwelijkheid van medische gegevens een zwaar gewicht toekomt en dat een beperking hierop slechts dan gerechtvaardigd is wanneer deze wordt ingegeven door een *dwingende eis* in het algemeen belang.

Onder omstandigheden kan die dwingende eis in het strafrecht worden gevonden. Het strafrechtelijke belang moet dan uiteraard veel zwaarder wegen dan het belang dat met de eerbieding van het privéleven (en in dit geval: met het waarborgen van de geheimhoudingsverplichting en het verschoningsrecht) is gediend. Het vooropgestelde belang voldoet niet aan deze voorwaarde.

De opmerking in de toelichting dat de regeling voorziet in een ruime mate van rechtsbescherming, overtuigt evenmin als argument. De regeling is er immers op gericht informatie te verkrijgen in strijd met de geheimhoudingsverplichting van de verschoningsgerechtigde. De bedoelde rechtsbescherming biedt nauwelijks mogelijkheden om dit te voorkomen. De z.g. rechtsbescherming lijkt louter bedacht te zijn om de regeling in haar geheel 'Straatsburg-proof' te maken.

Gelet op al het bovenstaande adviseert de ACS de voorgestelde wijziging van artikel 37a Sr af te splitsen van het wetsvoorstel Wet forensische zorg, zodat de ACS en andere belanghebbende instanties meer tijd krijgen om de argumenten te wegen om tot een gedegen advies te kunnen komen.

Subsidiair wordt geadviseerd de voorgestelde wijziging van artikel 37a Sr te schrappen. De inbreuk die in het wetsvoorstel wordt gemaakt op geheimhoudingsverplichting van de verschoningsgerechtigde is te groot en wordt niet gerechtvaardigd door belangen die zwaarder moeten wegen. De kans is bovendien niet denkbeeldig dat als gevolg van de invoering van het voorgestelde artikel 37a Sr, mensen die medische-, psychiatrische- of psychologische zorg nodig hebben, die zorg gaan mijden. Dit kan zeer nadelige gevolgen hebben voor die personen, maar ook voor de rest van de samenleving. Het doel dat men beoogt te bereiken (een veiliger samenleving en – met het oog hierop – het terugdringen van de kans op recidive), is daarmee niet gediend.

Amsterdam, 26 november 2012

Adviescommissie strafrecht
mr. R. van der Hoeven, voorzitter
namens deze mr. T.R. van Roomen, plv. secretaris